

論 説

ドイツにおける都市計画と併存する地役権
—— 都市空間の制御における地役権の意義を探るために ——

秋 山 靖 浩

- 一 問題の所在
- 二 前提——都市計画と併存する地役権と BGB1019条の「便益」
- 三 都市計画規制と同内容の地役権
- 四 都市計画規制よりも厳しい内容の地役権
- 五 地役権の内容と異なる都市計画規制が事後に導入された場合
- 六 むすびに代えて

一 問題の所在

1 地役権と都市空間の制御

本稿は、ドイツにおける都市計画と併存する地役権について、その目的・機能、地役権の内容として許容される限界、その活用場面における法律関係の構造などを紹介・検討するものである。本稿における問題の所在は以下の点にある。

地役権の目的は、数個の土地（必ずしも隣接している必要はないと解されている）の利用を調整することである。同様に土地利用の調整を目的とする相隣関係の制度と比較すると、相隣関係の規定は、最小限度の利用の調整を図る法律上の制度であるのに対して、地役権は、法律上の最小限度の調整を超えるさらに大きな調整を目的とし、当事者の契約によって設定さ

⁽¹⁾れる。この点で、地役権は、当事者の需要に応じて土地利用の調整を拡大する機能を果たしているといえる。

他方で、都市化した現在の社会においては、都市計画法制に土地利用を調整する決定的な役割が付与されている。⁽²⁾都市計画法制は、一定の広がりのある地域を対象として、公的主体の関与と責任の下でその都市空間の形成・利用を公共的に制御し、秩序ある都市空間を導くものといえる。その際、都市空間を構成する土地の利用には、経済面からも生活・居住面からも様々な要請が押し寄せるから、これらをいかに調整するかが必然的に重要な課題となる。したがって、都市計画における土地利用の調整は、地役権におけるような比較的近接した土地間での利用の調整に限られない。インフラ設備の立地との調整、距離の離れた土地における全く異なる種類の利用間の調整（例えば商業の利用と農業の利用との調整）などにも及ぶ、かなり広範かつ多面的な土地利用の調整を内包している。⁽³⁾

都市空間の制御システムをどのように構築するかは、今日でも重要な課題であり続けている。かかる制御システムの主たる担い手は今後も都市計画法制であり続けるから、現行の都市計画法制の機能不全を是正して、都市計画による制御システムの機能を十分に発揮させることが、まずとられるべき態度であることは間違いない。

しかし、他方で同時に、都市空間の制御システムを豊富化すること、すなわち、都市空間の制御に貢献することのできる各種の制度を発見し、これらの制度を制御システムに適切に組み込むことによって、制御システムを多面的・複合的に構成することも、課題の一つとされるべきではなかろうか。日本の都市計画による土地利用の公共的コントロールは依然として多くの欠陥を抱えている、との問題提起に接するならば、以上のような視角からあるべき制御システムの構築を志向することが許されるであろうし、またそうする必要性も高いといえよう。⁽⁴⁾

以上の課題から見ると、地役権の制度は、当事者の主導によって土地利用の調整を拡大するものであるという点で、都市空間の制御システムの中

にこれを位置づけることに相当の理由があるのではないと思われる。⁽⁵⁾もちろん、都市計画法制における態様・規模で土地利用を調整することはできないとしても、地役権設定の当事者間において、地役権設定の合意を通じて都市空間の制御をも狙った土地利用の調整を仕組んでいくことは、地役権の目的に照らして十分に可能である。建築基準法の建築協定をめぐる⁽⁶⁾議論、地役権の現代的活用の提案ともいべき近時の議論⁽⁷⁾なども、以上のような視点に基づいて都市空間の制御システムにおける地役権の意義とその可能性を探るものであると理解することができよう。

それでは、地役権による土地利用の調整が都市空間の制御に関わり合うとして、それがどのような形で都市空間の制御に貢献し、都市計画による土地利用の調整を補完することができるのだろうか。かかる課題へアプローチするには、まず、都市計画による調整と比較しつつ、地役権による調整の特質を明らかにし、その上で、土地利用の調整を必要とする具体的な場面を念頭に置いて、かかる場面における問題の解決に向けて両者がどのような形で補完し合うことができるのかを検討することが必要であろう。⁽⁸⁾

そこで、本稿では、このような課題に取り組むための一つの手がかりとして、ドイツにおける都市計画と併存する地役権の意義を紹介・検討する。

都市計画と併存する地役権とは、ドイツの判例・学説において明確に定義づけられているわけではない。ここではひとまず、都市計画と地役権が制度上では何らリンクしていないことを前提にして、都市計画による公共的コントロールがA地（多くの場合には同一の地区に属するB地も）の利用に規制を課しているところ、それと併存して、B地のためにA地の利用に一定の制限を負担させる旨の地役権が両土地の所有者間で設定されている、という場面における地役権であると理解しておく。詳細は後の考察で明らかにされるが、ドイツの裁判例によれば、かかる地役権は、住環境の比較的良好な地区におけるその状態を保全するために、承役地の用途や建築様式に一定の制限を加えるものが多い。

ドイツにおけるかかる地役権を取り上げるのは、ドイツの都市計画法制が都市空間に対する厳格かつ詳細な制御システムを既に構築していることによる⁽⁹⁾。かような都市計画——それに基づく厳格かつ詳細な土地利用の調整——と併存する場面における地役権を検討することによって、地役権による土地利用の調整の特質をより鮮明に浮かび上がらせることができるのではないと思われる。

2 予備的説明

都市計画と併存する地役権を検討するに先立って、ドイツにおける地役権および都市計画について最低限の説明をしておく。

まず、ドイツ民法典（以下では BGB と略す）における地役権とは、要役地⁽¹⁰⁾の現在の所有者に対して、承役地を個別の点において直接（後述の「利用役権」）もしくは間接（後述の「不作為役権」および「排除役権」）に利用するための物権を付与するものである。

地役権の内容としては、三つの類型が強制されている（BGB1018条）。もっとも、他の物権の場合と異なり、これらの類型は広く開かれたものであるため、当事者は権利の中心的内容をも合意によって規律することができる。第一に、地役権者が承役地を個別の点において利用することができる、とする内容（「利用役権」）である。典型例として通行地役権や下水管地役権などがある。第二に、所有権に基づいて承役地所有者に許されているはずの一定の事実行為が承役地において行われてはならない、とする内容（「不作為役権」ないし「消極的役権」）である。建築物の高さ・様式の制限、一定の事業の禁止などがある。都市計画と併存する地役権はほとんどがこれに分類されうる。第三に、承役地所有者は所有権に基づいて自己に付与されるはずの権利を要役地所有者に対して行使することが許されない、とする内容（「排除役権」）もある。隣地からの受忍限度を超えるイミシオンに対する不作為請求権等（BGB906条・1004条参照）を放棄す

ること、隣地所有者に対して主張できるはずの囲繞地通行権（BGB917条）を放棄すること、などがその例として挙げられる。なお、ある地役権が複数の種類の性格を備えていることもしばしばある。

地役権は、当事者間での物権的合意と承役地の登記簿への登記とによって成立する（BGB873条）。地役権の保護は所有権の保護に準じて形成され、地役権が侵害された場合には、地役権者に BGB1004条に基づく妨害排除請求権・不作为請求権が与えられる（BGB1027条）。都市計画と併存する地役権は、承役地における一定の建築方法等を禁止する内容を含むことが多い（不作为役権）が、当該禁止に違反して作出された状態それ自体も、地役権に対する継続的な侵害と評価される。したがって、要役地所有者は、BGB1027条・1004条に基づき、違反建物の取り壊しなどを請求することができる。また、BGB858条以下に基づく占有保護も準用される（BGB1029条）。

次に、ドイツにおける都市計画として、本稿では主として建設法典に基づく地区詳細計画を念頭に置く。地区詳細計画は市町村の責任で策定され、条例として議会で議決される（建設法典10条）。有効に適用された地区詳細計画は私人を法的に拘束する。かかる地区詳細計画の中では、市町村域の全部もしくは一部（多くの場合は街区レベル）を対象として、土地の建築その他の利用、建築利用の種類・程度、建築様式、建築物の位置などに関して詳細な指定がなされる（同9条）。建築利用される土地には、その種類に応じて建築地区（専用住居地区、一般住居地区、混合地区など）を指定することができる。各地区で許容される建築物の種類や建築の程度は建築利用令に詳しく定められている。

3 ドイツにおける都市計画と併存する地役権の論点

都市計画と併存する地役権において議論されているのは、かかる地役権がそもそも地役権の内容として許容されるのかどうかという点である。上述のように、当事者には地役権の内容を形成する余地が広く認められてい

る(上記 2)が、そのことは反面、地役権の内容を適切に限界づけることも必要にさせる。かかる要請を受けて、地役権法には(明文化されていないものも含めて)地役権の内容を限界づける要件が設定されている。都市計画と併存する地役権をめぐるのは、これらの要件のいくつかに抵触する可能性が指摘されている。

そこで、以下では、地役権の内容の限界をめぐる判例・学説の議論の分析を通じて、都市計画と併存する地役権がドイツ法においてどのような意義を有しているのかを明らかにしていく。

まず、都市計画と併存する地役権が要役地にもたらすところの利益は、BGB1019条の意味における「便益」に該当するだろうか。この点は、後の三つの具体的場面との関係で前提的な問題に位置づけられる(二)。

次に、都市計画と併存する地役権のうち、地役権の内容が都市計画規制と同一の場面を検討する。ここでは、法律によって既に課されている所有権制限は原則として地役権の対象にすることができない、という地役権内容の限界づけとの関係が論点とされ、かかる地役権の目的・機能についての基本的な認識が示されている(三)。

続いて、都市計画規制よりも厳しい内容の地役権が設定される場面に移る。かかる地役権についてあまり議論はなされていないようであるが、都市計画と並存する地役権として考えられる一つの範疇として検討の対象にする(四)。

さらに、承役地における一定の建築方法等を制限する地役権が存在していたところ、後にそれと異なる都市計画規制が適用されるようになった場面を取り上げる。この場面では、上述の「便益」(BGB1019条)が新たな都市計画規制の導入によって消滅したのではないかと、従前の地役権の行使が不可能になったものと評価されるのではないかと(それゆえに地役権も消滅したものと扱われるのではないかと)が争われている(五)。

そして最後に、ドイツ法の議論から得られる示唆について言及する(六)。

なお、本稿では、ドイツにおける都市計画と併存する地役権のうち、私人間で設定されるもの（つまり要役地所有者も承役地所有者も私人の場面）のみを扱う。ドイツでは、都市計画規制をさらに確実に実行したり都市計画で許容されている利用を特に禁止したりする目的で、土地所有者（私人）が市町村等の公共団体のために建築制限等を負担する旨の役権——ほとんどの場合に制限的人役権⁽¹¹⁾——が設定されることがある⁽¹²⁾。この種の役権は、都市空間の制御という観点から見れば興味深いし、都市計画と併存しているという点で本稿の検討対象に入るかもしれない。しかし、役権者＝市町村と負担者＝土地所有者という行政法上の関係をも含むため、この種の役権は、物権法上の諸原則だけでなく行政活動に伴う諸原則をも遵守しなければ成立しないものと解されている。都市空間の制御における地役権の典型的な特質を把握するという本稿の目的からすると、純粋な私人間で設定された地役権を素材にするのがより適切であると思われるので、この種の役権は（一部の例外的な裁判例を除いて）本稿の対象外とする。また、同様の理由から、地役権自体は私人間で設定されるものの、そこに市町村等の地方公共団体が密接に関与している場面も、本稿の対象外としたい。

二 前提——都市計画と併存する地役権と BGB1019条の「便益」

地役権は、要役地の利用に対して「便益」をもたらすものでなければならぬ⁽¹³⁾（BGB1019条）。地役権が客観的に見て土地の利用にとって有用であれば、かかる「便益」が肯定される。したがって、経済的な利益だけでなく、単なる快適さ（静穏な住環境の保持など）や美的観点（一定の建築様式の保護など）も、社会の理解を基準として、土地の利用にとって客観的に有用であるとみなされうる。

しかし、BGB1019条は土地と他の土地との私法上の関係を規律するものであるから、ここでの「便益」は私法上の性格のものでなければならぬ

い。公共の利益を実現することでは、本条の「便益」の要件を満たさないものと解されている。⁽¹⁴⁾したがって、一般論としては、住宅政策のような社会政策的な利益や建設計画法上の動機などを地役権において正面から取り上げることはできないとされる。

もっとも、都市計画と併存する地役権について、この要件との関係はそれほど問題になっていない。というのも、静穏な住宅街の保全など、都市計画的な目標が動機となってかかる地役権が設定されたとしても、当該地役権が私法上の内容を有している——要役地に対して少なくとも上述の意味における私法上の性格の快適さを提供している——と解釈されれば、本条の「便益」の要件には違反しないと解されているからである。このような解釈は柔軟になされているようである。⁽¹⁵⁾したがって、都市計画と併存する地役権が公共的な利益を提供しているにすぎない（それゆえに本条の「便益」を提供していないから地役権は成立しない）、という点が争われることはないようである（これに対して、「便益」が地役権設定後に消滅したかどうかはしばしば争われる。下記五参照）。

三 都市計画規制と同内容の地役権

法的効力を有する都市計画が土地の利用を既に規制しているにもかかわらず、これと併行して、当該土地について都市計画規制と同内容の地役権が私人間で存在することは許されるだろうか。かかる地役権については、「法律によって既に課されている所有権制限は原則として地役権の対象にすることができない」という地役権内容の限界づけと抵触する可能性が指摘されている。

1 一般論

明文の規定はないものの、判例・学説の一致した見解によれば、法律によつて既に課されている所有権制限は原則として地役権の対象にすること

ができない（以下では〈法律上の既存の所有権制限を対象とした地役権の否定〉原則と呼ぶ）、と解されている。例えば、地役権の内容が民法の相隣法規定や建設公法に基づく土地所有者の受忍義務・不作為義務を単に反復しているにすぎない場合には、かかる地役権は許容されない。このような原則が適用される理由として、かかる地役権を登記すれば土地登記簿に過剰で不必要な負担をかけること、そのような登記をすることについて登記申請者に権利保護の利益がないこと、が挙げられている。

この原則に違反する地役権は無効であり、これを登記することはできない。それにもかかわらず登記がなされた場合には、登記内容が不適法であることを理由に、土地登記所は職権によってこれを抹消することになる（土地登記法53条1項2文⁽¹⁷⁾）。

しかしながら、公法等の法律により既に課されている所有権制限であっても、それを地役権の内容にして登記することについて当事者に正当な利益がある場合には、当事者によるかかる地役権の設定が例外的に認められると解されている⁽¹⁸⁾。具体的には以下のような場面がある。

第一に、法律上の所有権制限の存否もしくは範囲に疑問のある場合、相応の地役権を登記して不明確な法状況を明確化することについて、権利者に正当な利益が生まれる。隣地との境界を越えて建物が建築された場合に隣人がこれを受忍するべき要件（BGB912条）を満たしているのかどうか⁽¹⁹⁾が定かでない場合など、相隣法上の所有権制限の範囲が不明確な場合に、これを地役権の設定によって明らかにするのが典型例である。また、公法上の建築規制がかかっている場合についても、その適用の有無に疑問があるときには、私人間で地役権を設定してその明確化を図ることができる⁽²⁰⁾。

第二に、所有権制限を既に課している法規定があっても、適用の例外や免除など、その法規定が不適用となる具体的な可能性が認められている場合（詳しくは下記3の学説を参照）には、地役権の設定は妨げられないとされる。このことは別の角度から根拠づけられることもある。それによれば、〈法律上の既存の所有権制限を対象とした地役権の否定〉原則におけ

る「法律」とは一般的拘束力のある法規範でなければならないと理解されているところ、適用の例外や免除の可能性を伴う法規定はこの意味での法規範の性格を備えていないとされる⁽²¹⁾。

都市計画規制と同内容の地役権は一般に、第二の例外に属するものとされる。しかし、判例・学説では、以上の一般論の枠にとどまらない議論が展開されているので、以下でさらに詳しく検討する。

2 判例

注釈書等で引用されるのは以下の裁判例である。

(1) バイエルン州最高裁判所1930年11月19日決定 (BayObLGZ 1930, 414) ——決定①

【事実の概要】

甲地の所有者 A と乙地の所有者 B は、それぞれ以下の義務を負う旨を土地登記簿に登録した。「甲地の所有者は、何らかの建築の施行の際には、同地上の住宅について、乙地との境界との間に常に 5 メートルの間隔をあけておくべき義務を負う。これに対して、乙地の所有者は、同地上に建築される住宅を、甲地との境界から 1 メートル離しておくべき義務を負う」。

その後、A の権利承継人 X は、土地登記所に対して、本件の義務は地方条例（隣接地の建物間に 6 メートルの間隔を要求している）によって既に導入された法状態を反復しているにすぎないことなどを理由として、本件地役権の登記の職権による抹消を申し立てた。登記所がこれを退ける決定をしたため、X は裁判所に、登記所に対して本件登記の職権による抹消を命じるよう求めた。

【判旨】

「確かに、両土地の間に確保され今後も確保されるべき間隔が、上記の地方条例と一致して合計 6 メートルを形成していること、形成するものとされていることは、正しい。しかし、ここで基準とされる、地役権の内容をも形成する乙地に対する経済的な利益とは、以下の点にある。すなわ

ち、乙地の所有者はその都度（3メートルではなく）1メートルの間隔だけを保てばよい、つまり、地方条例は連続した3メートルの間隔を命じているにもかかわらず、乙地の所有者は甲地に面した連続した2メートルの部分をもとどきの建築利用のために自由に使うことができる、という点である。したがって、地方条例との関係において、本件で追求されかつ招来される経済的な利益は直ちに明らかである」。したがって、本件で登記された義務は法的に効力を有しているので、Xの主張は認められない。

(2) ベルリン高等裁判所1941年2月6日決定（KG JFG 22, 188）——決定②

【事実の概要】

要役地所有者のために、承役地において「(周辺通りの) その他の邸宅 Ville と外面の様式において同等であり、せいぜい半地階・1階・2階・屋根裏部屋を含むところの二棟の邸宅を建設することが許される。…家畜小屋・農舎の建築は留保されている。土地の残りの部分は庭としてのみ利用することが許される。添付地図のa点とb点を結ぶ境界については、b点から14メートル離れた距離でのみ建築をすることが許される」とする内容の地役権が設定され登記されていた。

承役地所有者Xはその後、登記された本件負担が最近の立法によって時代遅れとなりその対象を失ったとして、本件登記の職権による抹消等を土地登記所に求めた。Xによれば、本件登記がその対象を失った理由として、地役権設定後に住宅入植法が施行され、建物の建築様式については市町村行政庁が公益に基づいて決定するものとされているから、地役権が招来させようとする制限は今や公法によって保障されている、という。

土地登記所は、農舎等の建設に関する負担が完全に対象を失ったわけではないことを理由に、登記の抹消を拒否した。Xは裁判所に、土地登記所に対して本件登記の抹消を命じるよう求めた。

【判旨】

「公法上の純粋な建築制限と地役権内容を形成する禁止とが一致する場

合」、土地登記簿における確立した原則によれば、このような制限について地役権を設定することは認められていない。問題は、かかる公法上の建築制限が「法律から直接疑いなく生じているかどうか」である。しかし、住宅入植法には、それと異なる私法上の規律を排除するような、建築の種類および建物の間隔に関する規定は何ら含まれていない。また、地方建築規制法⁽²²⁾は、「期間の限定なく公布された法律とは異なり継続的な規律とは考えられておらず、むしろ、その公布の際に基準とされた状況が変化したこと——国民の健康、建築文化の変遷、市町村合併、建設上の地区施設整備、重要な街区の用途の変更など——を理由にして改正を余儀なくされるものである」。それゆえに、かかる地方建築規制法は、「所有権関係の私法上の規律に対する法律による介入と同様に評価することはできない」。

結局のところ、承役地所有者には、法律を通じて直接に建築制限は課されていない。したがって、「承役地所有者によって承諾され地役権によって物権化された、二棟の住宅と14メートルの境界間隔でのみ土地に建築する旨の義務は、まだその意味を失ってはいない」。

X のその他の主張も採用されず、X の申立は認容されなかった。

(3) ハム高等裁判所1996年 5 月28日決定 (OLG Hamm FGPrax 1996, 171) ——決定③

【事実の概要】

X は A から甲地を購入したが、その際の公証契約において、B 所有の乙地のために甲地では2.5階建ての建築方式のみが許されるという内容の建築制限を負担し、その旨の地役権を登記することを承諾した。この地役権は土地登記簿に登記された。

X はその後、土地登記法53条 1 項 2 文に基づき、登記された地役権の職権による抹消を区裁判所に求めたが、区裁判所はこれを棄却した。X が区裁判所に異議を申し立てたところ、これが地方裁判所に移送された。地方裁判所も申立を棄却したため、X は再抗告。X はその主張の中で、本件地役権の内容が現在適用されている地区詳細計画に基づく建築制限と

同一であるがゆえに不適法である、と述べたようである。

【判旨】

「役権の登記は、現在適用されている地区詳細計画に基づく建築制限と同一の内容を対象としていることを理由としても、土地登記法53条1項2文の意味において内容上不適法となることはない。当裁判所はこれに反対する見解（下記3のクヴァックの見解を指す…筆者注）には従わない。かかる見解は、行政庁が地区詳細計画の指定の例外を付与することがあること、あるいは計画を事後に変更することがあることを見逃している。その結果、役権者には、公法上の建築制限とは独立して、隣地の特定の建築禁止を私法に基づいて保全することについて、重大な利益が存在している」（決定①と決定②を引用）。したがって、本件の登記は抹消されない。

裁判所はXのその他の主張も理由がないとした。

（4）分析

裁判例に現れた地役権は、承役地における住宅の位置に関わる制限（6メートルの建物間隔（決定①）、建築様式等（決定②）、2.5階建ての建築方式（決定③）をその内容とする。制限の内容が比較的厳しいことからすると、要役地・承役地共に住環境の比較的良好な地区に位置しており、その環境を保全するために地役権が設定されているものと推測される。

裁判例では、いずれも承役地所有者から、地役権の内容と同様の規制が既に都市計画に存在していることを理由に、地役権の登記の抹消が主張された。もっとも、今日の意味における都市計画といえるのは、決定③の地区詳細計画だけである。しかし、決定①で問題とされた地方条例は、学説において、地区詳細計画のような計画法規範と同様に扱われるべきであると⁽²³⁾とされている。また、決定②の掲げる地方建築規制法は、その内容が頻繁に変動しうるものと特徴づけられており、この点において地区詳細計画の後述の性格（変更の可能性—下記3参照）と共通する面がある。なお、住宅入植法（決定②）にはこのような性格はないから、これを地区詳細計画と同様に扱うことはできないが、それでも、私法上の地役権を排除する効力

を持つものではないとされている。⁽²⁴⁾

結論的には、どの裁判例でも承役地所有者の主張は認められず、地役権およびその登記は存続するとされた。〈法律上の既存の所有権制限を対象とした地役権の否定〉原則との関係でいえば、都市計画規制と同内容の地役権はその例外に位置づけられていることになる。裁判例を辿ると、その根拠を以下のように分析することができる。

まず、決定①では、地役権による制限が地方条例の規制と重なるように見えても、地役権が要役地に対してどのような独自の有用性をもたらしているかが検討された。ここでは、地方条例の規制が既にあるから地役権は無効である、といった形式的な議論は採用されておらず、むしろ、地役権によって追求される利益（確保されるべき間隔が、地方条例所定の 3 メートルずつではなく、地役権によって承役地に 5 メートル、要役地に 1 メートルと割り当てられていたこと）を具体的に探求する態度がとられている。

ところが、決定②では、地方建築規制法の性格という、より抽象的な論拠が採用された。地方建築規制法による建築制限には継続性や安定性が欠けているがゆえに、かような制限は、〈法律上の既存の所有権制限を対象とした地役権の否定〉原則の意味における「法律上の既存の所有権制限」と同視することができない、という。したがって、承役地の利用に対する制限を当事者が地役権によって物権化しておくことに、依然として意義があるとされた。

その上で、決定③は、都市計画規制と同内容の地役権が存続することの論拠を、決定①および決定②を引用しつつ整理した形で示したものと理解されうる。

決定③は、個別事例において地区詳細計画の指定の例外が承役地に付与されうること（逸脱可能性）、および、地区詳細計画が事後に変更されうること（変更可能性）を極めて重視している。この変更可能性の観点とは、決定②の理解を引き継ぐものであろう。そして、このような逸脱可能性と変更可能性ゆえに、地区詳細計画による建築制限と併行して、私法上の制度

たる地役権を用いて承役地に同内容の制限を負担させることについて、地役権者に重大な利益があるとされた。

なお、決定③では、決定①が引用されているものの、両者の関係は必ずしも明らかではない。しかし、両者は矛盾しないものと考えられる。決定①の採用する、地役権が要役地にもたらす有用性を具体的に探求する態度は、地役権の内容の適法性を判断するに際して、決定③においても前提にされていると考えられるからである（上記二も参照）。

かくして、決定②と決定③の見解をもって、現在の判例の基本的な立場であると理解することができる。⁽²⁵⁾ その際、両決定とも依拠する変更可能性の観点が、二つの異なる論理を導いていることに注意しておきたい。決定②では、この観点は、変更可能性のある法規範から生ずるところの所有権制限が「法律上の既存の所有権制限」には該当しないこと、つまり、一般的拘束力ある法規範から生じた義務ではないことの論拠とされている。これに対して、決定③における変更可能性（および逸脱可能性）の観点からは、かかる場面において、私人間であえて地役権を設定して一定の制限を保全することの必要性が導かれている。換言すれば、決定②は、一般論として「法律上の既存の所有権制限」ないし「法律」の要件の具備を問うものであるのに対して、決定③はむしろ、都市計画規制と同内容の地役権の場面を特に念頭に置いて、私人間におけるかかる地役権の実地上的必要性やその存在意義を強調している。

3 学説における評価

学説においても、都市計画規制と同内容の地役権の意義は承認されている。

以前には、かかる地役権に批判的と見られる見解もあった。クヴァックは、〈法律上の既存の所有権制限を対象とした地役権の否定〉原則を強調する。そして、ある役権が地区詳細計画のような直接的な効力を持つ計画法規範や建設許可、イミッシオン防止法上の施設許可といった公法上の

法状況を内容および効果の面で反復しているにすぎないときには、このような役権は上記原則に抵触するので不適法である、と主張した。⁽²⁶⁾

しかし、〈法律上の既存の所有権制限を対象とした地役権の否定〉原則が地役権の内容を限界づけるものとして確立していることは疑いないとしても、クヴァックの見解は裁判所や学説の賛同を得られなかった。というのも、一般の法律に含まれている規律を地役権の対象にする場合とは異なり、都市計画規制と同内容の地役権については、この原則の例外を認めるだけの重大な理由が存在しているからである。⁽²⁷⁾現在の学説では、かかる地役権を例外として承認するにあたって、おおむね以下の根拠が挙げられている。

第一に、最も頻繁に指摘されるのが、都市計画規制の変更の可能性および適用除外の可能性である。⁽²⁸⁾決定③も、クヴァックの見解を否定するにあたってこの論拠に依拠していた。

地区詳細計画は将来に変更・緩和されることがあり、それは人的もしくは政治的な理由に起因することもありうる。⁽²⁹⁾また、地区詳細計画に基づく規制について、その例外および免除を付与する可能性も包括的に規定されている（建設法典31条参照）。⁽³⁰⁾そこで、このことを踏まえるならば、隣人相互間で地区詳細計画と同内容の制限を対象とする地役権を併行的に設定しておけば、地区詳細計画に基づく規制の変動性や不安定さからそれぞれの隣人の権利を相互に保護することができる。したがって、当事者には、かかる地役権の設定について保護に値する利益が認められるとされる。⁽³¹⁾

なお、本稿の検討対象ではないが、以上の解釈は、建築規制法による建築規制と同内容の地役権にも当てはまると解されている。地区詳細計画の場合と同様、建築規制法による規制も緩和されることがあるし、規制の例外・免除の可能性も包括的に認められているからである。⁽³²⁾

第二に、地区詳細計画の規制に違反して土地利用をしている者がいる場合において、隣人が違反者に規制の遵守を強制する手段はあるものの、その法状況が依然として不明確だからである。⁽³³⁾問題状況は以下のように整理

⁽³⁴⁾
されうる。

かかる場合に隣人がとりうる手段として、違反者（建築主）の建設案に違法に付与された建設許可の取消を求めること、⁽³⁵⁾あるいは（違反者の建設案が建設許可を要するにもかかわらずそれを受けていない場合や建設許可を受ける必要がないとされている場合においては）行政庁の建設監督上の手段による介入を求めること、⁽³⁶⁾が認められている。

隣人にこれらの手段が認められるのは、自己の公権が侵害された場合であるとされている。⁽³⁷⁾ところが、隣人に公権が付与されているといえるためには、違反者＝建築主の違反している法規範が、公益だけでなく、少なくとも隣人の個人的利益の保護にも仕えるべく定められていなければならないと解されている。したがって、建設法の諸規定や地区詳細計画の指定などがこのような隣人保護の性格を有しているかどうかを個別具体的に判断することが必要になるが、「特に建設計画法においてこれは容易に判断できないことが多い」といわれてきた。⁽³⁸⁾

以上の問題状況を踏まえて、一部の論者は、「公権がいかなる範囲で私人に認められるのかが公法では依然として最終的に解明されていない」ことを理由に、都市計画規制と併行する地役権の設定を隣人のために肯定するべきであると主張している。地役権が設定されていれば、地役権の内容に違反する土地利用者に対して、地役権者が地役権に基づいて一定の措置をとることができるのは疑いないであろう。

第三に、公法規範（ここでは地区詳細計画）と同一の内容が地役権の対象にされるとはいっても、それによって公法上の義務が物権化されているわけではなく、公法上の義務に加えて私人間で独立の私法上の義務が設定されたものである。しかも、地役権の設定は行政庁の意思とは独立してなされている。したがって、都市計画規制と同内容の地役権を私人間で設定することは、行政対市民の関係において行政に課される行政活動に伴う制約に抵触することはないため、許容されているという。⁽³⁹⁾

以上が注釈書等に示される一般的な根拠であるが、その中でも注目すべ

き見解を主張しているのが、ファルケンベルクである。⁽⁴⁰⁾ その見解によれば、公法上課された所有権制限を私人が地役権を用いて私法上でも確認しておくことは、一般的に認められるべきであるとする。かかる地役権の設定を肯定して私人の権利を保護することが必要になる理由として、ファルケンベルクは、上述の第二点（建設法上の隣人保護の法状況が不明瞭であること）との関連で、さらに以下の点を付け加えている。

仮に上述の隣人保護（ここでは行政庁の建設監督上の手段による介入が念頭に置かれている）が認められるとしても、行政手続は基本的に行政対市民の関係に合わせて設計されたものである。私人はなぜかかる手続を行政庁の介入の下で踏まなければならないのか。私人間における拘束力の強化された直接の民法上のルールが、なぜ否定されなければならないのか。この点が解明されていない。憲法の視点では、基本法 2 条が私的自治によるルール設定を行政庁による公法上の利益確保に優先させていることが、かかる地役権を肯定する有力な資料になる、と。⁽⁴¹⁾

4 この場面における地役権の意義

以上のようにして、都市計画において既に課されている建築規制等と同一内容の制限を、私人間でさらに地役権の対象にすることはできるものと解されている。ここでは、かかる地役権の目的・機能、地役権内容として許容される限界、かかる地役権をめぐる法律関係の構造という観点から、判例・学説の分析を整理しておく。

(1) 地役権の目的・機能

都市計画規制と同一内容の地役権が当該都市計画規制との関係で特にその機能を発揮するのは、以下のような点においてである。

一つは、都市計画規制の変更（とりわけ緩和）や例外的な適用除外に備えるための法的手段となっている。ある土地に対する一定の制限を継続的・安定的に維持・運用していくためには、民法上の地役権の設定という形でこの規制を確保しておくことが、かかる制限を望む当事者にとって

必要かつ有用である（決定③および学説の第一点）。

もう一つは、都市計画規制の違反者に当該規制内容の遵守を貫徹させるべく、その確実な手段を要役地所有者に提供することである。かかる手段として私人（隣人）には建設法上の隣人保護が認められるものの、その運用は依然として不安定である。地役権を設定すれば、当事者間においてこの不安定を除去することができる（学説の第二点）。以上の理由づけは、地役権の設定による私人間での自主的・自律的なルール設定とそれに基づく相互の拘束を尊重するべきだ、という民法の基本原則の観点から捉え直すことも可能であろう（ファルケンベルクの見解）。

したがって、かかる地役権の目的・機能とは、当事者の意図したある土地に対する一定の規制が都市計画規制と同一の内容であるとしても、それとは別に、当事者の主導による民法上の地役権の設定を通じて、当該の規制を継続的・安定的に確保・運用することに見出される。

（2） 地役権内容として許容される限界との関係

都市計画規制と同内容の地役権の存在を肯定するためには、かかる地役権が、地役権内容の限界づけの一つとされる〈法律上の既存の所有権制限を対象とした地役権の否定〉原則と抵触してはならない。

まず、私人間においてかかる地役権が實際上必要とされている（上記（1））がゆえに、かかる地役権を設定して承役地に都市計画規制と同内容の制限を負担させることについて、地役権者には保護に値する利益が存在している（決定③および学説の第一点・第二点）。上記原則を支える根拠として、登記申請者に権利保護の利益が欠如していること、不要な地役権を登記すると土地登記簿に過剰かつ不必要な負担がかかること、が挙げられている（上記1参照）が、そのような理由はかかる地役権には当てはまらないことになる。

次に、都市計画規制はそもそも、その変更・緩和の可能性ゆえに、上記原則の意味における「法律上の既存の所有権制限」と同列に扱えないものと理解されていた（決定②および上記1参照）。この点からも、都市計画

規制と同内容の地役権を上記原則の例外として位置づける解釈が許容されることになろう。

(3) 地役権をめぐる法律関係の構造

都市計画規制と同内容の地役権が設定される場面では、計画主体（市町村）と承役地との関係における都市計画による承役地利用の規制（この規制は要役地にも課されているのが通常であらう⁽⁴²⁾）と、承役地と要役地との関係における地役権による承役地利用の制限とが併存している。本稿では特に、要役地も承役地も私人が所有している場合を前提にした（上記一三）。

この両者の併存する規制・制限は、当事者が意図して地役権の内容を都市計画規制と同じにしたにすぎず、法的には相互に独立している。地役権はもっぱら承役地所有者と要役地所有者との私人間の関係を基礎にして成立し、あくまでも私人間で独立の私法上の義務を設定するものだからである。計画主体がそこに関与することはない（学説の第三点）。

しかし、かかる地役権の存在意義を的確に把握するには、私人間の関係を超えた視点を持つことも不可欠である。承役地に課された都市計画上の制限を貫徹するためになぜ地役権が用いられるのかといえ、隣人（要役地所有者）が建設監督行政庁——都市計画規制の遵守を審査・監視する任務と権限を持つ⁽⁴³⁾——を通じて承役地の制限違反状態の是正を求める方法が、隣人にとって見通しの悪い状態になっているからである。そこで、隣人（要役地所有者）と建築主（承役地所有者）との関係において、地役権による自主的・自律的な規律を置くことが有用となる（学説の第二点）。この点を見れば、かかる地役権の意義は、建設監督行政庁・承役地所有者（建築主）・要役地所有者（隣人）という三面関係のあり方を抜きにして語ることとはできないといえる。

四 都市計画規制よりも厳しい内容の地役権

例えば、都市計画において土地を事業用途に利用することが許容されて

いるにもかかわらず、静穏な住宅街を形成するとの都市計画的な動機（BGB1019条の「便益」が認定されたとする）から、事業用途の土地利用を禁止する旨の地役権を私人間で設定することはできるだろうか。かかる地役権も、都市計画と併存している点で本稿の検討対象に入りうる。

都市計画規制と同内容の地役権について上述の議論（上記三参照）があるのとは対照的に、都市計画規制よりも厳しい制限を内容とする地役権について議論は見られない。しかし、かかる地役権を否定する論述は見当たらないし、さらに以下の理由からも、かかる地役権の設定は許容されていると考えるのが合理的である。

まず、かかる地役権はそもそも、〈法律上の既存の所有権制限を対象とした地役権の否定〉原則とは抵触しないと考えられる。というのも、この原則は既存の法律上の制限を反復するにすぎない（したがって同内容の）地役権を排除することを目的としている（上記三1）ところ、ここで問題とする地役権は、都市計画により課された制限を⁽⁴⁴⁾超える内容を対象にしており、既存の制限を繰り返すだけではないからである。

次に、これに加えて、都市計画規制と同内容の地役権の意義について指摘したこと（上記三4）は、都市計画規制よりも厳しい内容の地役権にも基本的に当てはまるように思われる。後者の地役権が、都市計画規制とは別に、当事者の主導で一定の制限（しかもより厳しい制限）を継続的・安定的に確保・運用しようとする意図から設定されることは、都市計画規制と同内容の地役権の場合よりもさらに明確であろう。かかる負担を承役地に課してこれを登記しておくことについて、当事者にはやはり保護に値する利益が認められる（都市計画規制を反復するだけではないから当然である）。この場面における法律関係の構造も、上述の場面と共通する。このような共通点からすると、都市計画規制よりも厳しい内容の地役権について、都市計画規制と同内容の地役権の場合と異なる解釈をするべき理由は見当たらない。

五 地役権の内容と異なる都市計画規制が事後に導入された場合

1 問題の所在

都市計画と併存する地役権が議論される別の場面として、土地の用途や建築形態を制限する内容の地役権が既に存在していたところ、後になって、その内容と異なる都市計画等の規制が登場した場面がある。都市計画等の規制の導入後の法状況を見れば、地役権の内容が当該規制と矛盾している場面ともいえる。

ここでは、地役権の内容に対する限界づけとの関係で、以下の点が問題⁽⁴⁵⁾にされるという。

地役権は要役地の利用に対して便益を与えるものでなければならない(BGB1019条：上記二参照)。地役権設定時にかかる便益が存在していたとしても、その後に法的もしくは事実上の理由によってこの便益が脱落することもある。そこで、本条の意味における便益が最終的に消滅した場合に、地役権は消滅するものと解されている。また、状況の変化によってそもそも地役権の行使が継続的に不可能になった場合も、同様に解されている。これらの場合、土地登記所は登記の対象がないことを理由に職権でこれを抹消するものとされている(土地登記法84条以下)。

それでは、地役権の内容と異なる都市計画規制が新たに導入されたり、当初は地役権の内容と一致していた都市計画規制がその後に変更・緩和されたりした場合において、既存の地役権の便益が消滅したあるいは地役権の行使が継続的に不可能になった(したがって地役権そのものが消滅した)、と評価されるであろうか。

2 判例

(1) ベルリン高等裁判所1962年4月10日判決(KG JR 1963, 18)——判

決④

【事実の概要】

原告と被告は隣接する土地のそれぞれの所有者である。本件地区内の各土地（原告と被告の土地もここに含まれる）の相互間には、邸宅様式でかつ堅固な造りの一家族用住宅以外の建物が建設されてはならないという内容の地役権が設定されている。

原告は、自己の所有地に、数棟から成る並列式の複数家族用住宅の建設を計画した。そして、被告に対して、現在のベルリン州建築規制法の規定に従った建築方法で複数家族用住宅を自己の土地に建設することが本件地役権に違反しないことの確認を求めた。その際に原告は、現在の地区詳細計画が本件地区を一般住居地区に指定しているところ、一般住居地区では原告主張の建築方法は一般に許されているから、それと矛盾する内容の地役権の行使は継続的に不可能になったものとみなされる、と主張したようである。

【判旨】

「原告は不当にも、地役権が対象を失ったことを建設法の状況から引き出すことができると主張している。…一般住居地区で許容されている利用の種類が、土地登記簿に登録された制限の遵守を排除することはない」。

「建設法の状況と地役権の条件とが一致しないことになる場合には、土地所有者は自己の建設案を断念しなければならないことになりうる。しかしながら、地役権が消滅することはない。…結局のところ、公共の福祉が必要とする場合に、法律の要件（連邦建設法85条以下）の下で、収用によって被告から地役権を剥奪することができるにすぎない（同86条1項2号）。収用は法律に定められた手続で実施されなければならない」。しかし、本件では、地役権に関する収用の申し立てはなされていなかった。

原告のその他の主張も認められず、原告の控訴は棄却された。

(2) ハム高等裁判所1965年4月6日決定（OLG Hamm OLGZ 1965, 239）

——決定⑤

【事実の概要】

甲地の土地登記簿には、乙地の所有者のために、歩行、車両通行、供給導管の設置を目的とする地役権が登記されていた。その後、承役地（甲地）を取得した G 市は、この間に策定された地区詳細計画の中で甲地が歩道に指定されたため、本件地役権はその対象を失ったとして、土地登記所に対して本件登記の職権による抹消を申請した。土地登記所はこの主張を認容し、本件地役権の登記を職権で抹消する旨の処分を下した。これに対して、乙地の所有者（地役権者）が異議を申し立てた。

地方裁判所は、地役権者の主張に従い、本件地役権の抹消に対して、土地登記法53条に基づく職権による異議Widerspruch⁽⁴⁶⁾を登記するよう土地登記所に命じた。

【判旨】

「地役権は、法律の通常の事例によれば、権利を放棄する旨の権利者の意思表示と土地登記簿における権利の抹消とによって消滅しえたであろう（875条）。…そのような意思表示は、G 市の地区詳細計画によって代替されなかった。連邦建設法は、民法上の物権が地区詳細計画に指定された利用と矛盾する場合について、地区詳細計画にそのような効力を付与しなかった」。地区詳細計画は、都市建設秩序に関する法的拘束力ある指定を含んでいる。「拘束力ある形で策定された地区詳細計画が収用的な効力を生じさせることは、確かに承認されている。しかし、収用は、財産的価値ある権利への介入という形で成立しうる。これに対して、本件では、権利の放棄（すなわち権利の消滅）が問題となるにすぎない。拘束力ある指定を含む地区詳細計画には、計画と矛盾する土地上の物権が放棄される（消滅する）という効力は与えられていない」。したがって、地方裁判所の判断に誤りはない。

(3) 連邦通常裁判所1967年 4 月 7 日判決 (BGH NJW 1967, 1609)⁽⁴⁷⁾ —— 判決⑥

【事実の概要】

本件地区内の各土地（被告の土地もここに属する）には、都市計画上の動機に基づいて、事業的利用を禁止する旨の役権が原告（市）のために設定されていた。その後、原告は、都市計画において本件地区を専用住居地区にしたものの、その6年後には本件地区の一部を一般住居地区に変更し、さらに4年後には本件地区全体を一般住居地区に変更した。

上告理由において被告は、この間の本件地区の構造変化によって役権が時代遅れになりその対象を失ったため、本件役権は消滅したかもしくはその行使が不適法になった、などと主張した（原告が被告に対してそもそもどのような請求をしていたのかは、判決文からは不明）。

【判旨】

本件では、原告の側における都市計画上（したがって公法上）の動機によって役権が設定されたという事情があった。しかし、かかる事情から、「本件地区もしくはその一部分の公法上の用途が変更されると個々の土地の本件役権もその存続もしくは内容について変更されなければならない、そして、本件地区の建設法上の分類によって事業的利用が許容されることになった場合には、本件役権が消滅もしくは行使不可能とされなければならない」という結論を導くことはできない。「公法上の地区区分は変動しうるものであるということこそが、併行する公法上の土地利用制限が廃止されても私権たる役権それ自体が消滅することはないという結論の決定的な根拠になっている。役権は原告に対して、公法上の諸権限と併行する形で、それと連動して成立・消滅することのない法的地位を付与していたし、また現在も付与しているのである」。したがって、本件役権の消滅もしくはその行使の不適法は起きていない。

被告のその他の主張も認められなかったため、被告の上告は棄却された。

（4） 分析

判決④と判決⑥ではいずれも、都市計画的な動機から、土地利用・建築利用の厳格な制限（「邸宅様式でかつ堅固な造りの一家族用住宅以外の建物」が

建設されてはならない」「事業利用を禁止する」)を内容とする地役権が設定されていた。以上の制限の内容に加えて、土地相互間(判決④)もしくは地区内の各土地(判決⑥)にかかる地役権が設定されていることからすると、これらの裁判例の地役権は住環境の比較的良好な地区におけるその保全を目的にしていると思われる。しかし、その後に地区詳細計画が策定ないし変更され、当該地区はそのような制限の課されない一般住居地区⁽⁴⁸⁾に指定された。そこで、承役地所有者は、地区詳細計画の変更の結果、地役権の便益が消滅したあるいはその行使が継続的に不可能になった、と主張している。

他方、決定⑤は、地役権の内容(歩行・車両通行・導管設置)⁽⁴⁹⁾と後から策定された地区詳細計画の指定(歩道)とが矛盾することを理由に地役権の登記が抹消された後、地役権者側から異議が申し立てられた事例である。

結論としては、地役権の内容よりも緩やかな規制を定めた地区詳細計画が後に導入されたからといって、当該地役権の意義や対象が失われたとかその行使が不可能になったとか評価されることはない、したがって地役権が消滅することもないとされた。⁽⁵⁰⁾もっとも、裁判所の判断を細かく見ると、ここでは二つの異なる根拠が示されているように思われる。

第一の根拠として、判決④および決定⑤の流れがある。

まず、判決④では、地区詳細計画の基準で許容されている承役地の一定の建築様式が地役権によって阻止されるからといって、地役権が消滅することはないとされた。その根拠は必ずしも明確ではないが、連邦建設法に基づく取用手段であれば地役権を剥奪できるという判示からすると、地区詳細計画自体には、その内容と矛盾する地役権を排除する効力がないことを示唆しているといえよう。

この点は決定⑤で明らかになったと思われる。同決定は、地役権が消滅しない根拠として、地区詳細計画の効力にまさに焦点を合わせた。それによれば、法的拘束力を備えた地区詳細計画といえども、取用とは異なり、その指定と矛盾する物権の消滅を導く効力はないとされた。

第二に、判決⑥の論拠である。

判決⑥も、決定⑤と同様、地区詳細計画に着目するが、地区詳細計画がこの間に緩和された事例であることを反映して、地区詳細計画の地区指定が変更されうること（変更可能性）を強調する。そして、そのような変更可能性があるがゆえに、地役権の存続もまた認められることになる。というのも、従前の地役権が存続して要役地所有者に民法上の独立した法的地位を付与することを通じて、当事者の意図する土地利用規制は、承役地に対する公法上の規制の変更・消滅に左右されることなく確実に達成されるようになるからである。地区詳細計画による規制が変更・廃止されると従前の地役権は消滅したものとして扱われるのでは、かかる地役権の存在意義は全く失われてしまうであろう。

3 この場面における地役権の意義

学説は、上述の裁判例を引用しつつ特に理由を挙げることなく、「地区詳細計画の策定は、たとえ地役権が都市計画的な動機から設定されていたとしても、その内容と異なる地役権を消滅させるものではない⁽⁵¹⁾」とする。これに対する反論は特に見られないから、学説でも判例の認識が基本的に共有されているといえる。

そこで、地役権の目的・機能、地役権内容として許容される限界、法律関係の構造という観点からこの場面における地役権を分析すると、以下のよう整理されうる。

まず、この場面における地役権の目的・機能は、都市計画規制と同内容の地役権の場合（上記三4）と基本的に同じであるといえる。つまり、都市計画規制の事後の変更（規制の廃止や緩和）に備えるために、地役権の設定を通じて、承役地の利用に対する制限を継続的・安定的に確保し運用することであるとされている（判決⑥）。承役地に対する都市計画規制の状況や消長に左右されずに、当事者がその意図した制限を承役地において確実に実現するためには、ここでも地役権を設定しそれを存続させること

が当事者にとって必要かつ有用である。

次に、地役権の内容については、BGB1019条において確立している解釈——本条の意味における便益が最終的に消滅した場合や地役権の行使が継続的に不可能になった場合には地役権は消滅するという解釈——との関係が問題となるが、以下の二つの理由から、この場面の地役権にかかる解釈を当てはめるべきではないとされている。

一つの理由は、都市計画規制の状況と連動させずに承役地の利用制限を継続的・安定的に確保・運用するためには、一定の私法上の法的地位を付与することが要役地所有者にとって必要である、という実際上の要請があるからである（判決⑥）。

もう一つの理由として、地区詳細計画にはそもそも、その指定内容と矛盾する地役権を排除するような効力はないということも挙げられる（判決④および決定⑤）。したがって、地役権の行使がその内容と矛盾する地区詳細計画の施行によって継続的に不可能になった、という評価はこの場面には当てはまらない。

最後に、この場面での法律関係も、都市計画規制と同内容の地役権の場合と同様（上記 3.4 参照）、計画主体（市町村）と承役地との関係における都市計画による承役地利用の規制（この規制は要役地にも課されているのが通常であろう）と、承役地と要役地との関係における地役権による承役地利用の制限とが併存する構造になっている。地役権によって設定される法的地位は、もっぱら後者の関係に関わる（判決⑥）。なお、地役権の内容と異なる都市計画規制が事後に導入された場面において建設法上の隣人保護の不明瞭な法状況を指摘するものは見当たらないが、三面関係が同様に成立しているので、都市計画規制と同内容の地役権に関する建設法上の隣人保護の不明瞭をめぐる指摘はこの場面の地役権にも基本的に当てはまるだろう。

こうして見ると、この場面における地役権の意義は、地役権内容の限界づけとの関係を除けば、都市計画規制と同内容の地役権とほぼ共通してい

るといえよう。

六 むすびに代えて

本稿では、ドイツにおける都市計画と併存する地役権、具体的には、都市計画規制と同内容の地役権、都市計画規制よりも厳しい内容の地役権、地役権の内容と異なる都市計画規制が事後に導入された場合を素材として、かかる地役権に都市計画規制との関係でどのような意義が認められるのかを考察した。以下では、かかる地役権をめぐる議論から得られた示唆を整理しつつ、日本法において今後検討されるべき課題を提示する。

1 都市計画と併存する地役権による土地利用の調整の意義

ドイツにおける裁判例を見る限り、都市計画と併存する地役権は、住環境の比較的良好な地区におけるその保全を内容としているものが多く、そのような地役権が地区内の全ての土地に設定されている事例もあった。したがって、かかる地役権は一般に、生活・居住の面において法定の都市計画規制の補完ないし充実に意図したものであるといえる。

かかる地役権による土地利用の調整が私人間で用いられるのは、少なくとも以下の二つの理由による。そして、これらの理由がかかる地役権の目的・機能を明らかにしている。

第一に、ある土地に対する一定の規制を私人間の主導で継続的・安定的に維持・運用することである。ここでの地役権には、（しばしば政治的な圧力や近視眼的な実務によって引き起こされる）都市計画の変更・緩和やその規制の適用除外に対抗するための手段としての意味が付与されている。⁽⁵²⁾

地役権のかかる機能は、都市空間の制御という文脈において、地役権による土地利用の調整が持ちうる大きな特質である。日本法においても今後、都市計画規制の不安定さや緩和の圧力に対抗して生活環境の継続的・安定的な保全を図るという側面での地役権の目的・機能を強調することに

よって、都市空間の制御システムにおける地役権の位置づけを明らかにすることができるだろう。以上の認識は、地役権のかかる目的・機能に着目して地役権を都市空間の制御に実践していくための土台になりうる⁽⁵³⁾。

このような地役権の意義はまた、生活空間の整備・拡充が依然として都市づくりにおける重要な課題とされつつも、それに適合しない（それどころかむしろ逆行する）都市計画法制の改正がなされている昨今の我が国の状況において、一層の重みを持つことになるのではないかと思われる。都市空間の制御システムの中核たる都市計画がその本来果たすべき機能を弱めていく中において、地役権は以上の機能を通じてこれを補完・代替する役割を担うことができるのではなかろうか。⁽⁵⁴⁾

第二に、都市計画規制の違反者に対する近隣の住民（土地所有者）の地位を保護・強化すること、それによって当該規制の実効的な貫徹を図ることである。

ある土地に対して既に都市計画規制が課されていても、それと同内容の地役権による負担を同土地に設定しておくことによって、近隣の土地所有者たる地役権者は地役権の効力を通じて当然にその違反状態を是正することができる。その際、この場面を「行政庁、近隣の土地所有者（地役権者）、規制違反の土地所有者（承役地所有者）」という三面関係から見ると、ドイツ法では、近隣の土地所有者に与えられる建設法上の隣人保護をめぐる法状況が依然として不安定であるがために、かかる地役権の設定を認めてその効力に依拠することが、近隣の土地所有者にとって違反是正のための有効な手段であるとされていた。

そのことを踏まえると、日本法でも、近隣の住民がいかなる範囲で違反建築物への建築確認の取消や違反建築の是正を求めることができるのか、そのような是正手段がどれほどの実効性を有しているのか、などといった点を念頭に置きながら、地役権のかかる目的・機能を前面に出すべきかどうか、行政法上の手段との関連づけや役割分担をどうするかを論じる必要がある。議論の立て方として例えば、行政法上の手段に制度上もしくはは

実務上不備があるとすれば、これを補うべく、地役権という法律構成を積極的に活用することが考えられる。しかし他方で、行政法上の手段が整備され機能している——現在の法状況にそのような評価を与えることはできないと思われるが⁽⁵⁵⁾——としても、近隣の土地所有者が違反者に対して直接に是正を求める途を充実させておくこと、つまり、私人間の主導による地役権の設定・存続とその効力の主張を行政法上の手段と併行して認めておくことは、一つの方向性として考慮に値するものと考えられる。なぜなら、地役権は、不備を補う手法としてだけでなく、隣人保護や違反是正のための積極的な手法としても捉えられるからである。⁽⁵⁶⁾

結局、地役権による土地利用の調整を通じて果たされる以上の目的・機能は、質の面（規制の継続的・安定的な運用、違反の実効的な是正ないし抑止）でも量の面（追加的もしくは上乗せ的な規制の設定）でも、都市空間の制御を補完し充実させるものであるといえる。そのような意味において、地役権は都市空間の制御システムの重要な構成部分を形成しうるものと評価される。

2 地役権の解釈論における課題

都市計画と併存する地役権の有用性が以上のように認められるとしても、それが民法上の地役権の内容として許容されるかどうかは別個に検討しなければならない。地役権の解釈論との整合が必要である。日本法の詳しい検討は他日を期し、以下では、ドイツ法の検討から得られた解釈論に関する示唆を整理しておきたい。

第一に、要役地に提供されるところの「便益」（民法280条）の意味内容を解明することである。

BGB1019条における「便益」の要件は、一般論としては要役地にとっての私的利益に引きつけて理解され、地役権の成立を限定する役割を果たす。しかし、実際には柔軟な解釈がなされており、都市計画的な目標をも追求する内容の地役権の設定は妨げられていなかった（上記二）。民法280

条における「便益」についても、これが私的利益のみを意味するのか、それとも公共的な利益をも包含するのか、前者だとした場合に「便益」をどこまで広く理解することが許されるのか、といったことが論点となり⁽⁵⁷⁾うる。

第二に、地役権が都市計画規制を事実上反復するような内容である場合に、そのような地役権の設定が認められるのかどうかである。

確かに、かかる地役権の存在意義は十分にあると考えられる（上記 1 参照）。しかし、ドイツ法においては、かかる地役権が地役権内容として許されるかどうかをめぐって、〈法律上の既存の所有権制限を対象とした地役権の否定〉原則との関係について議論が交わされていた。日本法では、この原則は少なくとも明文では採用されていないと考えられるので、この原則を解釈論としてそもそも採用するのかどうか、採用するとした場合に上述のような地役権との関係がどうなるのか、などの点を検討する必要がある。

その際には、ドイツ法での議論が各所で参考になると思われる。まず、上記原則を採用するかどうかについては、この原則を支える理由としてドイツ法で指摘されていること（法律による制限を反復するだけの地役権を設定することについて権利者に保護に値する利益がないこと、これを登記すると登記簿に過剰で不必要な負担がかかること）が考慮されるべきであろう。次に、この原則を採用したときには、都市計画規制と同内容の地役権がこの原則に抵触するのかどうかを明らかにしなければならない。ここでも、ドイツ法でかかる地役権をこの原則の例外として認めている理由（かかる地役権の持つ目的・機能ゆえにその設定について権利者に保護に値する利益があること、都市計画規制がその変更可能性ゆえに「法律上の既存の所有権制限」と同列に扱えないこと）が参照に値するものと思われる。

第三に、承役地の土地利用を制限する地役権が存在しているところ、後にその内容よりも緩やかな都市計画規制が導入された（あるいは地役権とこれまで同内容だった都市計画規制が緩和された）ときに、従前の「便益」

が消滅したあるいは従前の地役権の行使が不可能になった——したがって従前の地役権は消滅した——という評価が妥当するのかどうか、という点である。

ドイツ法では、一定の規制を継続的・安定的に確保するという保護に値する利益があること、都市計画自体にそれと矛盾する内容の地役権を排除する効力がないことを理由に、地役権が当然に消滅するものではないと解されていること、前述の通りである（上記五）。他方、日本法では、便益の消滅もしくは地役権行使の継続的不可能が地役権の消滅を導く、という解釈それ自体が採用されているのかどうか明らかではないように思われる。この解釈の採否を含めて、この点の検討を試みることも必要である。

3 今後の課題

都市計画と併存して都市空間の制御のために地役権の制度を活用することには十分な意義が見出される、その点で地役権による土地利用の調整は都市空間の制御を補完しあるいは充実させることができる、というのが本稿の結論である。本稿で整理したドイツ法からの示唆を踏まえて、地役権と共通の発想に基づく各種の制度（建築基準法の建築協定など）とも対比させつつ、都市空間の制御における地役権の可能性を日本法に即してさらに詳しく検討することを、筆者の今後の課題にしたい。

ところで、ドイツでは、地役権を用いて都市空間を制御する場面において、そこに地方公共団体が関与することも多いといわれている。本稿の目的との関係でこれらの場面は検討の対象外にしてきた（上記一三）が、今後のもう一つの課題として最後に指摘しておきたい。

これにはまず、地方公共団体自身が権利者になる場面、例えば、ある土地に対して規制を課すために、あるいは都市計画上の制限が既にあるにもかかわらずさらにそれを補完ないし上乗せするために、地方公共団体を権利者として当該土地に地役権が設定されることがある。かかる地役権は実⁽⁵⁹⁾際上どのような意義を有し、いかなる要件の下で許されるのであろうか。

さらに他方で、ある土地に対する規制を確保するために私人間で地役権が設定されるものの、そこに間接的な形で地方公共団体が関わる場面もありうる。⁽⁶⁰⁾

ドイツでは、ある土地（以下では「建設希望地」と呼ぶ）が現況では建設公法上の建設用地の要件を満たしていない場合において、その要件を満たして建設希望地上の建設案が建設許可を得られるようにするために、以下のような方法がとられる。すなわち、建設希望地が満たすべき要件（公道への接続の確保、建設希望地上の建物と隣地との間隔の確保など）を隣地所有者が代わって負担し、隣地所有者はこの負担を州建築規制法上の建設負担 Baulast という制度によって地方公共団体に対して引き受ける。⁽⁶¹⁾そして、隣地所有者と地方公共団体との関係における以上の建設負担と併行して、建設希望地所有者と隣地所有者との間では、建設負担と同内容の規制を隣地に負担させる旨の民法上の地役権が設定される、という方法である。建設希望地は建設用地として一定の水準を備えなければならないところ、その水準は、地方公共団体・隣地所有者間の建設負担と建築主（建設希望地所有者＝要役地所有者）・隣地所有者（承役地所有者＝建設負担の義務者）間の地役権との組み合わせによって確実に担保されることになる。これは地方公共団体・建築主・隣地所有者という三面関係を前提として、地役権とそれに類似する建設負担の制度とを用いて一定の都市空間の制御を図ろうとしている点で、本稿の問題意識から見ても興味深い手法であるように思われる。⁽⁶²⁾

(1) 例えば、我妻栄〔有泉亨補訂〕『新訂物権法（民法講義Ⅱ）』（岩波書店、1983）406-409頁、広中俊雄『物権法（第二版増補）』（青林書院、1987）477-478頁、川島武宜編『注釈民法（7）物権（2）』（有斐閣、1968）463-464頁〔中尾英俊執筆〕など。民法における土地利用の調整の問題を横断的に検討する、山野目章夫「物的義務の現代的再生」法学53巻6号（1990）842頁以下も参照。

(2) 以下について、吉田克己『現代市民社会と民法学』（日本評論社、1999）235-238頁、原田純孝「序」同編『日本の都市法Ⅰ構造と展開』（東京大学出版会、2001）3-6頁、高橋寿一「『建築自由・不自由原則』と都市法制——わが国の都市計画法制の一特質——」原田純孝編『日本の都市法Ⅱ諸相と動態』（東京大学出版

会、2001）37-39頁を参照した。

- (3) 原田・前掲注（2）5-6頁は、「都市空間の形成と利用につき諸主体が多様な要求を持つことを前提として、計画策定主体がその諸要求の相互の間で一定の価値序列を選択・決定する」という意味での都市計画は、「都市計画をめぐる諸要請の間に1つの『均衡点』を見出すための社会的調整の手段である」と述べる。
- (4) 既に随所で指摘されていることであるが、例えば、原田・前掲注（2）7頁の他、日本の都市法制的抱える諸問題を様々な角度から検討する、原田純孝編『日本の都市法Ⅰ構造と展開』『日本の都市法Ⅱ諸相と動態』（東京大学出版会、2001）所収の諸論文を参照。
- (5) 他方で、都市計画法や建築基準法による公法上の土地利用制限にも地役権的な発想を見出すことが可能である（稲本洋之助『民法Ⅱ（物権）』（青林書院新社、1983）374頁、山野目章夫『物権法（第3版）』（日本評論社、2005）167頁）。いずれにしても、土地利用を調整することを通じて都市空間を制御するという点において、都市計画等による土地利用規制と地役権による土地利用の調整とは共通の基盤があるといえる。
 もっとも、本文のように地役権に着目することは、土地利用に関する法律上の最低限の調整を施すにすぎないとされる相隣関係の制度について、都市空間の制御との関係で検討を要しないということを意味するものではない。相隣関係の制度が土地利用の調整という作用を通じて都市空間の制御に関わり、かかる機能をも持ちうることにについて、拙稿「相隣関係における調整の論理と都市計画との関係——ドイツ相隣法の考察——（一）」早法74巻4号（1999）304-447頁、同「（二）」早法75巻1号（1999）122-200頁、同「（五・完）」早法76巻1号（2000）10-19頁を参照。
- (6) 既に多くの研究があるが、筆者が参照したものとして、長谷川貴陽史「建築協定と地区計画」原田純孝編『日本の都市法Ⅱ諸相と動態』（東京大学出版会、2001）425頁以下。そもそも、建築基準法の建築協定は「集団的な地役権設定の実質」を有すると指摘されているところである（我妻[有泉]・前掲注（1）409頁）。
- (7) 小澤英明「景観地役権——美しい町づくりのために——」判タ1011号（1999）28頁以下、武林悦子「役権の将来的利用について」愛知学院大学大学院法研会論集18巻1=2号（2003）31頁以下など参照。
- (8) アプローチとしては、例えば都市空間の制御のために地役権を活用する実践例を提案し、その経験を積み重ねることも考えられるが、他方で、そのような実践を支えるべく、都市計画による調整と地役権による調整とを有機的に関連づけるための理論的な基盤を提供する作業も、軽視されてはならないであろう。本稿で意図したのは主に後者の視点である。
- (9) 稲本洋之助ほか編『ヨーロッパの都市法制』（東京大学出版会、1983）335頁以下[田山輝明・藤田宙靖・広渡清吾・三木義一執筆]、原田純孝ほか編『現代の都市法』（東京大学出版会、1993）31頁以下[大村謙二郎・佐藤岩夫・高橋寿一・田山輝明・広渡清吾執筆]など参照。

- (10) ドイツ法における地役権の検討にあたって頻繁に参照する文献を挙げておく。

以下では括弧内の表記で引用する。Bassenge, in: Bürgerliches Gesetzbuch, Kurz Kommentar, 63 Aufl. 2004, §§ 1018, 1019 BGB (Palandt/Bassenge); Baur/J. F. Baur/Stürner, Sachenrecht, 17 Aufl. 1999, § 33 (Baur/Stürner); Falckenberg, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6 Sachenrecht, 4 Aufl. 2004, Vorbem zu § 1018 BGB, §§ 1018, 1019 BGB (MünchKomm/Falckenberg); Gursky, in: Westermann, Sachenrecht, 7 Aufl. 1998, §§ 122, 123 (Westermann/Gursky); Joost, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6 Sachenrecht, 4 Aufl. 2004, §§ 1090, 1091 BGB (MünchKomm/Joost); Mayer, in: J von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 3 Sachenrecht, Neubearb. 2002, Vorbem zu §§ 1018-1029 BGB, §§ 1018, 1019 BGB, Vorbem zu §§ 1090-1093 BGB, § 1090 BGB (Staudinger/Mayer); Stürner, in: Bürgerliches Gesetzbuch, Kohlhammer Kommentar, Band 16 Sachenrecht-3, 13 Aufl. 2001, Vorbem zu § 1018 BGB, §§ 1018, 1019, 1090, 1091 BGB (Soergel/Stürner). また、ドイツ法の地役権法制を概説したものとして、川島編・前掲注(1) 476-479頁 [平井宜雄執筆] がある。

- (11) 制限的人役権は、地役権と同様、ある土地を個別の点において直接もしくは間接に利用することを権利者に許す権利である。しかし、地役権が要役地の現在の所有者に帰属するのに対して、制限的人役権は特定人に帰属し (BGB1090条 1 項)、それゆえに、相続されえず、原則として譲渡もできない (BGB1092条)。制限的人役権の短所は相続されないことにあるといわれるが、権利者が市町村等の公共団体の場合には、相続ということが考えられないから、この点は何ら制約にならない。加えて、さらに別の理由も、市町村等を地役権ではなく制限的人役権の活用へと導いている (後掲注 (14) 参照)。

- (12) Staudinger/Mayer, § 1090 Rn 23-26; Soergel/Stürner, § 1018 Rn 7, § 1091 Rn 2; MünchKomm/Joost, § 1091 Rn 3.

- (13) 以下について、Staudinger/Mayer, § 1019 Rn 1-6; MünchKomm/Falckenberg, § 1019 Rn 1-7; Soergel/Stürner, § 1019 Rn 7-8; Palandt/Bassenge, § 1019 Rn 1-3. BGB1019条の趣旨は、承役地所有権が地役権によって永久に制限される (承役地所有権の空疎化) のを防ぐことにあるという。

- (14) これに対して、制限的人役権は、公共の利益の追求を直接の目的として設定することができる。制限的人役権には BGB1019条が準用されないからである (BGB1090条 2 項参照。それ以外の地役権の規定はほぼ準用される)。したがって、保護に値する利益でさえあれば、権利者自身の利益だけでなく他人の利益や公共の利益に資することも、制限的人役権の内容にすることができると解されている。それゆえに、市町村等の公共団体は、ある土地に公的目的のために一定の負担を課そうとする場合には、その土地所有者との間で制限的人役権の設定を選ぶことが多いといわれる (前掲注 (11) も参照)。例えば、駐車場を十分に確保する目的で、当

該土地を駐車場としてのみ利用することができる旨の制限の人役権、あるいは、ある政策目標を受けて、一定の要件を満たす者だけが当該住宅用地を利用できる旨の制限の人役権、などを市町村のために設定する場合である（Staudinger/Mayer, Vorbem zu §§ 1090-1093 Rn 6; MünchKomm/Joost, § 1091 Rn 2; Westermann/Gursky, § 123, S. 864）。

- (15) 参考になる裁判例として、連邦通常裁判所1971年2月12日判決（BGH LM Nr. 19 zu § 1018）がある。

本件地区における邸宅様式の住宅開発を目的として、地役権による以下の内容の建築・利用制限の負担が承役地に課されていた。「事業施設、および、悪臭、健康を害する大気もしくは妨害的騒音を発するような施設は、建設してはならない。土地で何らかの方法で事業を営むこと、風力発電の操業、学校・社会福祉施設、治療施設の建設も同様に禁止される」。承役地所有者がこれに違反して洗濯・プレス屋を建設・操業したために損害が生じたとして、承役地に隣接する原告が被告（市＝要役地所有者）に対して損害の賠償を求めた（本件では、承役地の前所有者と被告との間で結ばれた第三者のためにする契約によって、被告は、本件地区の住民（原告も含まれる）に対して直接に、住民の利益を考慮しかつ邸宅建設目的を守りつつ自己の地役権を行使する義務を負っていた。そこで、原告は、被告が承役地所有者に建設許可を付与したこと、承役地所有者に対して地役権違反行為の禁止もしくは排除を求めていることなどによってかかる義務に違反している、と主張した）。被告は、本件登記による建築・利用制限は要役地の利用に便益を提供していないので地役権は無効である、したがってそのような義務はなかった、と反論した。

連邦通常裁判所は、「本件の開発地区全体で建築・利用制限を貫徹し維持するという、要役地所有者における一般的な都市計画上の利益は、要役地に対する便益に含めることができない。しかし、原告の隣接地において事業が設立・操業されないことや地域の建築様式上の形態が侵害されないことは、要役地の便益となりうる」と述べて、本件地役権がBGB1019条の意味における便益を提供しているとした。被告のその他の上告理由も退けられたため、原告が勝訴した。

- (16) Staudinger/Mayer, § 1018 Rn 85; MünchKomm/Falckenberg, § 1018 Rn 49; Palandt/Bassenge § 1018 Rn 6; Soergel/Stürner, § 1018 Rn 7; Odersky, Die beschränkte persönliche Dienstbarkeit als Mittel zur Sicherung öffentlicher Zwecke, Festschrift 125 Jahre Bayerisches Notariat, 1987, S. 219-220; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 13 Aufl. 2004, Rn 1137. 判例は主として土地登記簿に対する過剰な負担の回避を理由としている（RGZ 130, 350; この判例について後掲注(44)も参照）。
- (17) MünchKomm/Falckenberg, § 1018 Rn 71; Staudinger/Mayer, § 1019 Rn 16.
- (18) Staudinger/Mayer, § 1018 Rn 86-87; MünchKomm/Falckenberg, § 1018 Rn 50; Soergel/Stürner, § 1018 Rn 7; Palandt/Bassenge, § 1018 Rn 6; Schöner/Stöber (Anm. 16), Rn 1137.

- (19) 本文の越境建築の事案では、「今後起こりうる紛争を排除するために、契約による規律とそれに対応する土地登記簿への登記とを通じて、かかる疑問を将来に向けて除去することができる」とされ、越境建物の受忍を内容とする地役権の登記と償金請求権の放棄を内容とする地役権の登記の両者が許容された (OLG Düsseldorf Rpfleger 1978, 16)。また、私法上の建築制限の事例として、境界付近での建築を制限する旨の合意は、判例法上の相隣配慮義務に基づく建築制限と重なるものの、その適用は極めて深刻な事例に限られ不確実であることを理由に、地役権の内容として許容されたとしたものがある (OLG Celle NJW 1958, 1096)。
- (20) MünchKomm/Falckenberg, § 1018 Rn 50. 例えば、州建築規制法に基づく甲地上の境界付近での建築規制が隣地乙の所有者の負担 (同法の建設負担 Baulast の制度が用いられた——後掲注 (61) (62) 参照) によって適用免除されていた事例において、隣地乙の所有者が同地上で将来建築をするときにその妨げとなる場合には甲地上の乙地境界付近に建築規制を負担させる、という内容の地役権を設定することは許容されるという。なぜなら、建設負担の放棄は甲地上の乙地境界付近に建てられた建物を除去することを要件とするところ、かかる除去義務は本件のような地役権によってまさに物権的に担保されうるし、また、条件成就の場合における甲地上の乙地境界付近をめぐる利用権限を明確にしておくことについて、関係者に正当な利益が認められるからである (OLG Köln OLGZ 1976, 47)。
- (21) Staudinger/Mayer, § 1018 Rn 87.
- (22) 登載誌の記載を見る限りでは、X が申し立てにおいて地方建築規制法を援用していたのかどうか、この地方建築規制法がそもそものようなものなのかは不明である (この点について本文の後述 (4) の分析を参照)。
- (23) Odersky (Anm. 16), S. 219-221.
- (24) 決定②の「住宅入植法には、私法上の規律を排除するような、建築の種類および建築物の間隔に関する規定は何ら含まれていない」という判示は、地役権による建築制限等を排除する効力が住宅入植法の規定には与えられていない、したがって、住宅入植法との関係において、私人が地役権を活用して独自の建築規制等を設定することに法的な支障はない、という意味に理解されうる。(地区詳細計画について同様のことを述べる後述の決定⑤も参照)。
- (25) 注釈書等でも判例についてこのような理解がとられている (Staudinger/Mayer, § 1018 Rn 87, § 1090 Rn 23; MünchKomm/Falckenberg, § 1018 Rn 50; Soergel/Stürmer, § 1018 Rn 7; Baur/Stürmer, § 33 Rn 10; Herrmann, in: Kuntze/Eickmann/Herrmann/Erber-Faller/Munzig, Kommentar zu Grundbuchordnung und Grundbuchverfügung einschließlich Wohnungseigentumsgrundbuchverfügung, 5 Aufl. 1999, N 17)。連邦通常裁判所の判断は示されていないようである。
- (26) Quack, Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten zur Sicherung planungsrechtlicher Zweckbindungen, Rpfleger 1979, S. 282-283.

- (27) Odersky (Anm. 16), S. 220.
- (28) Staudinger/Mayer, § 1018 Rn 87, § 1090 Rn 23; MünchKomm/Falckenberg, § 1018 Rn 50; Soergel/Stürner, § 1018 Rn 7; Palandt/Bassenge, § 1018 Rn 6; Odersky (Anm. 16), S. 220-221; Herrmann (Anm. 25), N 17. なお、行政庁の意思に左右されない——したがって地区詳細計画や建築規制法に基づく規制のような変更の可能性や適用除外の可能性がない——法規範についても、当該の法規範が廃止された場合に初めて地役権が効力を生ずる、という停止条件を付けて当該法規範と同内容の地役権を設定することはできると解されている。
- (29) この点について、地区詳細計画は個々の具体的な土地に関わるものであって、BGBの相隣法のような一般的な通用性を有していない、との指摘もある（Odersky (Anm. 16), S. 220）。
- (30) 建設法典31条：例外と免除「（１）地区詳細計画の指定については、地区詳細計画において種類と範囲を明確に定めた例外を認めることができる。（２）地区詳細計画の指定は、計画の基本的特質が影響を受けず、１．公共の福祉上の理由が免除を必要とする場合、２．計画からの逸脱が都市計画上是認められる場合、３．地区詳細計画の実施によって明らかに予期されない困難が生じうる場合のいずれかであって、かつ、近隣の利益を尊重しても計画からの逸脱が公共の利益に合致しているときには、これを個別に免除することができる。」
- (31) これに対して、ある土地に都市計画規制と同内容の制限を負担させる旨の制限的人役権を計画主体（市町村）のために設定して、計画主体がかかる規制の保全を図ることができるかどうか（前掲注（14）参照）については、計画主体自身にとっては本文のような都市計画規制の不安定性といった事情が認められないので、制限的人役権を用いて都市計画規制を再度保全するだけの権利保護の利益がないとされる（Quack (Anm. 26), S. 281; Staudinger/Mayer, § 1090 Rn 23; Soergel/Stürner, § 1018 Rn 7, 25, § 1091 Rn 2）。
- (32) Soergel/Stürner, § 1018 Rn 7. 例えば、ノルトライン＝ヴェストファーレン州建築規制法73条1項1文は、「この法律もしくはこの法律に基づいて公布された規定に別段の定めがない限り、許可行政庁は、この法律もしくはこの法律に基づいて公布された規定の定める建設監督上の要求から逸脱することについて、それぞれの要求の目的を考慮しかつ近隣の利益を尊重してかかる逸脱が公共の利益に合致しているといえるときには、かかる逸脱を認めることができる」と規定する。
- (33) MünchKomm/Falckenberg, § 1018 Rn 50; Soergel/Stürner, § 1018 Rn 7.
- (34) 以下について、Brohm, Öffentliches Baurecht, 3 Aufl. 2002, § 18 Rn 24-26, § 30 Rn 7-25; 塩入みほも「ドイツ建設法における隣人の公権——保護規範説、基本権援用論、隣人配慮要請の適用関係について（上）（下）」自研75巻4号（1999）89頁以下、75巻7号（1999）92頁以下、山本隆司『行政上の主観法と法関係』（有斐閣、2000）305頁以下、湊二郎「ドイツにおける建設計画法上の第三者保護に関する一考察（一）（二・完）」論叢153巻1号（2003）51頁以下、153巻2号（2003）68

頁以下を参照した。

- (35) 隣人は、違法な建設許可に対して、まず行政庁に異議を提起しなければならない (行政裁判所法68条 1 項・69条)。これが奏功しなかった場合には、建設許可および異議決定 *Widerspruchsbescheid* に対して取消訴訟を提起することができる (同法42条 1 項・79条)。異議手続もしくは取消訴訟によって建設許可が除かれたものの建築物が既に建設されてしまっている場合には、隣人は行政庁に対してさらに、建築主に向けて建築物の除却命令等の措置をとるよう求めることができる (同法113条 1 項 2 文・3 文)。
- (36) 建築主が、建設許可を受けるべき建設案について許可を得ずに、あるいは建設許可を必要としない建設案を実施している場合において、当該の建設案が地区詳細計画の指定や建設法等の規定に違反しているときには、隣人は、建設監督上の手段による介入 (州建築規制法に基づく建設停止命令・取り壊し命令・利用禁止など) を行政庁に申し立てることができる。行政庁がこれを拒否した場合には、隣人はこれに対して、まず異議を提起しなければならない (行政裁判所法68条 2 項・69条)。これが奏功しなかった場合には、行政裁判所に義務づけ訴訟を提起することができる (同法42条 1 項)。
- (37) 行政裁判所法42条 2 項 (「法律に別段の定めがない限り、行政行為により、または行政行為の拒否もしくは不作為により権利を侵害されている旨を原告が主張する場合にのみ、訴えは許容される」)、同法113条 1 項 1 文 (「行政行為が違法であり、原告がそれにより権利を侵害されている場合において、裁判所は行政行為、および異議決定が問題になる場合は異議決定を取り消す」)、同法113条 5 項 (「行政行為の拒否あるいは不作為が違法であり、それにより原告が権利を侵害されている場合において、事案が判決に熟していれば、裁判所は、申請された職務行為を実施するよう、行政庁を義務づける判決をする。事案が判決に熟していなければ、裁判所の法理解を考慮して原告に対して決定するよう、義務づける判決をする」)。条文の訳は、山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査——ドイツ (上) (下)」ジュリ 1238号 (2003) 86頁以下、1239号 (2003) 108頁以下を参照した。
- (38) Brohm (Anm. 34), § 30 Rn 8. 塩入・前掲注 (34)「上」自研75巻 4 号102頁は、本文に紹介した判例・通説 (保護規範説) について、「立法者の意思ないし裁判官の恣意的規範解釈に依存する」ものであり、「隣人の権利救済は、依然不安定且つ不十分な状態のままに取り残されることになる」と批判する。他方で、保護規範説では隣人の権利保護が不十分であるとの認識から、隣人の保護を拡張するために、さらに基本権および隣人配慮要請を根拠として隣人の公権を導き出すことが主張され、判例にも採用されている。しかし、これらの構成は是非、そして最終的に建設計画法上の隣人保護のあるべき解決方法については、依然として多くの議論が交わされており、隣人の視点から見て法状況が安定しているということとはできないようである (山本・前掲注 (34) 309-311頁、塩入・前掲注 (34)「下」自研75巻 7 号 105-108頁参照)。また、保護規範説 (近時の連邦行政裁判所が採用した「交換関

係」の理論に基づくそれ」と隣人配慮要請が第三者にとって十分な救済手段を提供しているとの評価もなされている（湊・前掲注（34）「（二・完）」論叢153巻2号83頁）が、それでも例えば、地区詳細計画による階数・建蔽率・容積率等の建築物利用容量についての指定に判例は第三者保護性を認めておらず、これを認めるべきとする学説の主張が「実現するか否かは今後の判例次第である」こと、交換関係を根拠とする場合には保護される第三者の範囲の画定が必要になること、といった未解決の課題も同時に指摘されている（同81-82頁）。このように見てくると、建設法上の隣人保護をめぐる法状況は隣人にとって依然として見通しの立たないものになっており、それゆえにまた、公権による十分な保護を受けられるかどうか、隣人にとって判断し難い状況になっているといわざるをえない。

(39) Staudinger/Mayer, § 1018 Rn 87; Herrmann (Anm. 25), N 17. しかし、役権者が私人ではなく市町村等の公共団体の場合には行政法上の制約が問題となることについて、上記一3 参照。

(40) MünchKomm/Falckenberg, § 1018 Rn 50.

(41) なお、本稿の地役権の文脈において、ファルケンベルクの見解にコメントを加える文献は見つからなかった。

(42) 地区詳細計画による建築地区の指定は一定の範囲の土地を対象としてなされるから、地区指定は承役地だけでなく要役地にも及んでいるのが通常である。決定①②③（ただし決定①②は地区詳細計画ではないが）の事例を参照。

(43) Brohm (Anm. 34), § 29 Rn 1. 建設監督行政庁には、州建築規制法に基づいて、かかる任務を果たすために、義務的裁量に従って必要な措置を講じる権限が付与されている。それに加えて、様々な特別な事前配慮・監視・実施の手法を用いることも許されている。建設許可や前掲注（36）の建設停止命令等はいかかる手法の一つである。

(44) 参考になる裁判例として、ライヒ裁判所1930年11月25日決定（RGZ 130, 350）がある。本件の地役権は、鉱業によって承役地もしくは承役地上の建物等に損害が生じる場合でも、承役地の価値下落分の回復・補償義務等を負うことなく要役地所有者（鉱山所有者）は鉱山を採掘する権限を有する、という内容であった。これが鉱業法上の義務（純粋鉱害に関する法定の受忍義務は損害賠償義務を伴ってのみ発生すると規定）の単なる繰返しにすぎない——したがって土地登記簿への過剰な負担ゆえに認められない——のではないかが争点となった。ライヒ裁判所は、「鉱山所有権の法律上の内容だけでなく契約上の同意にも基づく、したがって事後の損害賠償義務を伴わずに発生する（要役地所有者の…筆者補足）権限は、…経済的および法的に見て、法律に基づく、それゆえに損害賠償義務を伴う鉱山所有者の権限を超えている。…契約によって合意された利用の承認と受忍を登記することは、その権限が既に法律で根拠づけられているにもかかわらず、目的がないわけではない。…本件では、法定の受忍義務を単に記載することではなく、むしろ別に設定されそれゆえにより広範に及ぶ受忍義務を記載することが求められている」と述べ

て、法定の義務を超える内容の地役権を登記することは許されずとした。

注釈書等では、地役権に関して本文のような論述は見当たらなかった。しかし、公法上の目的で（多くの場合に市町村等の公共団体のために）設定される制限的人役権については、〈法律上の既存の所有権制限を対象とした地役権の否定〉原則との関係で、「公法上の義務の内容を超えるような役権」は例外的に許容される、なぜなら、かかる制限的人役権は計画法規範を反復しているわけではなく、それを設定することに保護に値する利益があるからだ、という指摘がなされている（Staudinger/Mayer, § 1090 Rn 21; MünchKomm/Joost, § 1091 Rn 3; Schöner/Stöber (Anm. 16), Rn 1210）。以上の例外ルールは、地役権における同原則とその例外について述べられていること（上記三 1）と同様である。そもそも、地役権の内容の限界づけに関する要件——〈法律上の既存の所有権制限を対象とした地役権の否定〉原則もその一つである——は、地役権においても制限的人役権においても遵守されなければならないと解されている（Staudinger/Mayer, § 1090 Rn 9-16; Palandt/Bassenge, § 1018 Rn 4）。したがって、制限的人役権においてこの原則の例外が認められているのであれば、地役権においても同様の例外が認められると考えるのが自然であろう。

(45) MünchKomm/Falckenberg, § 1018 Rn 66, 71, § 1019 Rn 7; Staudinger/Mayer, § 1019 Rn 15-17; Soergel/Stürner, § 1018 Rn 46; Palandt/Bassenge, § 1018 Rn 35; Schöner/Stöber (Anm. 16), Rn 384-386.

(46) 土地登記所は、正確でない登記をして自ら法律の規定に違反したときには、職権によって異議の登記をすることにより、土地登記簿が正確でない場合における権利喪失の危険を防止しなければならない。これは、土地登記簿が公信力を有するため、土地登記簿が正確でない場合に、第三者が登記簿の正しいことを信頼して権利を善意取得してしまうおそれがあるからである（Schöner/Stöber (Anm. 16), Rn 393-394）。

(47) 本判決は制限的人役権の事例であるが、この論点についての解釈は地役権と制限的人役権とで共通なので、ここで検討の対象にする（例えば MünchKomm/Falckenberg, § 1018 Rn 66 においても地役権の解説の中で本判決が引用されている）。

(48) 建築利用令 4 条によれば、一般住居地区は主として居住を目的とする地区である。住宅の他、当該地域への供給に役立つ商店・飲食店や侵害をもたらしえない手工業などは一般に許容され、宿泊業や侵害をもたらしえないその他の事業などは例外的に許容される。したがって、判決⑥では、全面的に「事業利用を禁止する」という点で、地役権（本件では正確には制限的人役権）の内容と地区詳細計画の規制とが矛盾してしまったことになる。また、判決④における地役権の内容——「邸宅様式でかつ堅固な造りの家族用住宅以外の建物が建設されてはならない」——も、やはり同条では予定されていない。なお、判決④の当時適用されていた同条 4 項（現在は建設法典 9 条 1 項 6 号に統合された）によれば、一般住居地区の中にさらに、

一住戸の住宅のみが許容される地区を地区詳細計画で指定することができると規定されていたが、判旨を見る限り、判決④においてそのような指定もなされていなかったようである。

- (49) 地役権の内容からすると、地役権設定の動機は、袋地所有者のための通行の確保等にあると思われる。この点で、決定⑤の事案は、良好な住環境の保全を目的にする（と思われる）その他の裁判例と異なっている。しかし、地役権の内容と異なる都市計画規制が事後に導入された場合における地役権の消滅の有無、という論点は判決④・判決⑥と異ならないので、以下では決定⑤も同列に扱って分析の対象にする。
- (50) 結論を同じくするものとして、地区詳細計画の事案ではないが、連邦通常裁判所1969年12月19日判決（BGH DNotZ 1970, 348）も上述の裁判例と共に挙げられている。建築規制法の規定に基づく建築制限を維持することを目的としてそれを内容とする地役権が設定されていたところ、その後に同規定が廃止されたため、承役地所有者は、本件地役権はその意義を失って消滅したと主張した。連邦通常裁判所は、本件地役権が依然として実際上の意義を有しているとした。「隣地所有者にとっては、防災政策の観点から決定的な役割を果たす必要はなかった。むしろ、隣地所有者にとっては、境界の向こう側の特定の土地において建築されてはならないとされることによって自身の土地およびそこに建築されもしくは建築されうる建物にもたらされるところの便益の方が、まずもって重要となりうる」。かかる便益とは、通風と日照がより十分に確保されること、土地が騒音その他の負荷的な作用から一層守られることである、という。
- (51) MünchKomm/Falckenberg, § 1018 Rn 66. さらに、Soergel/Stürner, § 1018 Rn 46; Palandt/Bassenge, § 1018 Rn 35; Westermann/Gursky, § 122, S. 863; Schöner/Stöber (Anm. 16), Rn 1188 も同様である。
- (52) これに関連して、地役権の登記がなされていれば承役地所有者の交代があっても当該の規制が維持される、という点も重要であろう。
- (53) かかる認識と平行して、都市空間の制御に資する地役権内容の設計、地区住民に地役権の設定を促すための仕組みづくりなど、実践的な作業も必要であることはいうまでもない。地役権の解釈論を再点検すること（下記2）もその作業の一環である。
- (54) 原田純孝「都市計画制度の改正と日本の都市法のゆくえ」同編『日本の都市法Ⅱ諸相と動態』（東京大学出版会、2001）477-502頁参照。
- (55) 例えば、まちづくりに関する行政庁の決定をいかなる範囲で近隣住民が争うことができるかについて依然として多くの議論があること（見上崇洋「都市行政と住民の法的地位——都市法領域における原告適格問題を中心に——」原田純孝編『日本の都市法Ⅰ構造と展開』（東京大学出版会、2001）451頁）を想起するべきであろう。この点については、行政事件訴訟法の新9条の今後の解釈・運用も見守る必要がある。また、建築基準法違反の建築物に対する除却命令等について行政代執行が

機能しているとは言い難いこと (大橋洋一『行政法』[第 2 版] (有斐閣, 2004) 393-394頁) など、地役権の積極的な存在意義を考える上で重要であると思われる。

(56) 特に上記 3 4 (1) (3) の整理を参照。

(57) 例えば、民法 280 条の「便益」は私的利益に限られその柔軟な解釈は許されないと理解するのであれば、地役権によって都市計画的な目標を追求するにあたって、要役地に私的利益をももたらす形で地役権の内容を設計して、「便益」要件がかかる地役権の設定の障害にならないようにすることが必要であろう。

(58) 民法 280 条但書は、地役権の内容が民法第三章第一節の規定のうち公の秩序に関する規定に違反してはならないと規定する。しかし、この規定は、これらの強行規定と抵触する内容の地役権の設定を許さないということを述べているにすぎないから、ドイツ法の意味における〈法律上の既存の所有権制限を対象とした地役権の否定〉原則を表現したものではないと理解される。

(59) 上述のように、もっぱら都市計画的な目的を追求するのであれば、民法 280 条の「便益」との関係が問題となりうる (上記 2)。ドイツでは地方公共団体が権利者となる場合には圧倒的に制限的人役権が用いられていること、および、そのような役権を設定する際の解釈上の問題点について、上記一 3 および前掲注 (14) (31) で簡単に言及した。この点と関連して、フランス法における行政地役権の制度も参照されるべきであろう (山野目・前掲注 (1) 864-865 頁、武林・前掲注 (7) 34-39 頁参照)。

(60) 建築基準法の建築協定の制度などもその一場面と捉えることができるように思われる。なぜなら、建築協定は特定行政庁によって認可・公告されなければならない (建築基準法 70 条 1 項・73 条 2 項)、それによって対世効を獲得するからである (同法 75 条)。

(61) 建設負担とは、公法上の意思表示に基づいて土地所有者により任意に引き受けられる、建設行政庁に対する公法上の義務である。この義務は、公法の規定からだけでは導かれない土地に関する作為・受忍・不作為を内容とする。以上の性格ゆえに、公法版の地役権などと呼ばれている (Staudinger/Mayer, Vorbem zu §§ 1018-1029 Rn 11; Soergel/Stürner, Vorbem zu § 1018 Rn 8; Brohm (Anm. 34), § 4 Rn 16)。

(62) さらにいえば、ドイツの一部の州は州建築規制法に建設負担の制度を持たず、その代わりに、地方公共団体を権利者とする民法上の制限的人役権の制度を用いている (法状況について、MünchKomm/Falckenberg, Vorbem zu § 1018 Rn 15; MünchKomm/Joost, § 1090 Rn 3, § 1091 Rn 3; Staudinger/Mayer, Vorbem zu § § 1018-1029 Rn 11-13, § 1090 Rn 27; Soergel/Stürner, Vorbem zu § 1018 Rn 8)。その結果、ドイツでは、地方公共団体がある土地における一定の規制を確保するために当該土地の所有者の同意を得て当該土地所有者に負担を課す方法として、公法上の建設負担による手法と民法上の制限的人役権による手法とが存在していること

になる。この両者それぞれの特徴や発展関係（例えば建設負担の手法は制限的人役権の手法の発展型と見るべきなのか）などを考察することによっても、都市空間の制御の多様化・豊富化という本稿の問題意識にとってさらに有益な示唆が得られるように思われる。

（付記）本稿は、2003年度早稲田大学特定課題研究助成費（課題番号2003A-021）による研究成果の一部である。